Klassische Missverständnisse

Umgang mit Low Performern

Gelegentlich wird angenommen, eine Trennung von leistungsschwachen Mitarbeitern aus einer betrieblichen Funktion könne nicht ohne weiteres erfolgen, u. a. mit dem Hinweis, die Gerichte würden das praktisch unmöglich machen. Leistungsschwäche sei kein zulässiger Kündigungsgrund. Diese Ansicht ist jedoch unrichtig, wie das LAG Köln, in einem Urteil vom 3.5.2022 (4 Sa 762/21) noch einmal deutlich zum Ausdruck bringt.

© katakari/stock.adobe.com

RECHTSPRECHUNG

In der Entscheidung des LAG Köln ging es um einen Kommissionierer in einem Großhandelslager im Bereich der Lebensmittellogistik. Dieser Mitarbeiter leistete eine erkennbar unterdurchschnittliche Leistung und zwar über den Zeitraum von ca. zwei Jahren. Er erbrachte nicht einmal die Basisleistung (100 %), die der Normalleistung entsprach und mit dem Grundlohn vergütet wurde. Die Basisleistung wurde nach der Vereinbarung zwischen Betriebsleitung und Betriebsrat in Kolli pro Stunde bemessen. Er wurde zweimal – wegen nicht angemessener Anspannung seiner Kräfte und Fertigkeiten – abgemahnt. Das LAG Köln wiederholt das Erfordernis der abgestuften Darlegungslast, das vom BAG in der Entscheidung vom 11.12.2003 (2 AZR 667/02, AuA 2/04, S. 44) entwickelt wurde.

Nach diesen Regeln hat

- zunächst der Arbeitgeber zu den Leistungsmängeln das vorzutragen, was er weiß. Kennt er lediglich die objektiv messbaren Arbeitsergebnisse, so genügt er seiner Darlegungslast, wenn er Tatsachen vorträgt, aus denen sich ergibt, dass der Mitarbeiter deutlich hinter dem Leistungsbild vergleichbarer Kollegen zurückbleibt. Das sei bei einer Unterschreitung der Durchschnittsleistung um mehr als ein 1/3 ersichtlich der Fall;
- anschließend der Arbeitnehmer Stellung zu nehmen. Er hat ggf. das Zahlenwerk des Arbeitgebers und seine Aussagefähigkeit im Einzelnen zu bestreiten und darzulegen, warum er mit seiner deutlich unterdurchschnittlichen Leistung dennoch seine persönliche Leistungsfähigkeit ausschöpfte. Hier können altersbedingte Leistungsdefizite, Beeinträchtigungen durch Krankheit, aber auch betriebliche Umstände eine Rolle spielen;
- der Arbeitgeber die plausiblen Entlastungshinweise des Arbeitnehmers wiederum zu widerlegen;
- das Arbeitsgericht davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer seine Leistungsfähigkeit nicht ausschöpfte, wenn er keine plausiblen Entlastungsumstände vorträgt. Das schlüssige Vorbringen des Arbeitgebers gilt in diesem Fall gem. § 138 Abs. 3 ZPO. als zugestanden.

In den Entscheidungsgründen wird zurecht darauf hingewiesen, dass der Mitarbeiter hinsichtlich des Bestreitens der Substantiierungspflicht des § 138 ZPO genügen muss. Pauschale Entlastungshinweise oder widersprüchliche

Angaben können dafür nicht genügen. Zudem wird der gelegentlichen Versuchung des Mitarbeiters entgegengetreten, sich auf Zeugen zu berufen, die angeblich die ausreichende Leistungsfähigkeit bzw. das Unverschulden für die Nichterreichung von Leistungszielen bestätigen sollen. Nach § 373 ZPO könne ein Zeugenbeweis nur dann berücksichtigt werden, wenn neben der Benennung des Zeugen die mutmaßlich entlastenden Tatsachen angegeben werden, über welche die Vernehmung des Zeugen stattfinden soll. Andernfalls hat die Beweiserhebung wegen der Unzulässigkeit eines Ausforschungsbeweises zu unterbleiben, BAG, Urt. v. 12.7.2007 – 2 AZR 722/05, NZA 2008, S. 431).

POPULÄRE IRRTÜMER

Es werden hinsichtlich leistungsschwacher Mitarbeiter zudem weitere Ansichten vertreten, die fehlerhaft, zumindest korrekturbedürftig sind. Wir haben eine Reihe von ihnen in der nachfolgenden Liste zusammengefasst. Anschließend finden Sie die tragenden Gründe für die Miss- oder Fehldeutung.

Allegorie: Bildlich gesprochen handele es sich beim Low Performer (LP) um eine Schnecke.

Identifizierung: Der Schwächste in einer Funktionsgruppe sei der typische LP.

Ursache: Der LP sei meist das Ergebnis selbstverschuldeter Umstände, z. B. Faulheit und Nachlässigkeit.

Optimale Abwehr: Ihm gegenüber helfe meist nur konsequente Vorhaltungen und Absonderung von den Leistungsträgern.

Beitrag evtl. mangelhafter Führung: Der Vorgesetzte habe meist keinen Anteil an der negativen Entwicklung des LP.

Kein Anliegen des Arbeitgebers, sog. Contra-Indikatoren zu ermitteln: Es sei nicht die Aufgabe des Arbeitgebers, Widersprüchen im betrieblichen Verhalten gegenüber LP nachzugehen.

Grundlage der Einschätzung von Low Performance: Entscheidend für die Feststellung, ob jemand als LP einzuordnen ist, seien die Regelungen im Arbeitsvertrag.

Quantifizierung: Bei Unterschreitung der Normalleistung um 15 % könne bereits von einer relevanten Low Performance gesprochen werden.

Kürzung des Entgelts: Bei Low Performance könne zudem das Entgelt entsprechend der Leistungsunterschreitung gekürzt werden.

Hierarchie: Je höher die Führungsetage, umso geringer sei die Zahl der LP.

Abmahnung: Eine Abmahnung gegenüber dem LP sei meist sinnlos, auf jeden Fall rechtlich überflüssig.

Keine Besserung: Beim Ausbleiben von Besserung könne der LP gekündigt werden.

Gutes Zwischenzeugnis: Es sei meist ein schwerer Fehler, dem LP ein gutes Zwischenzeugnis auszustellen.

Keine Ökonomisierung: Der Arbeitsvertrag sei kein wirtschaftliches Austauschverhältnis. Daher kann Low Performance auch nicht Gegenstand einer Kündigung sein.

Keine Intervention der Arbeitnehmervertreter: Die Arbeitnehmervertretung hat keine Befugnis, bei Feststellung des LP-Profils zugunsten des Mitarbeiters nachhaltig zu intervenieren.

Aus folgenden Gründen sind die vorangehenden Feststellungen nicht zutreffend:

1. Allegorie

Der LP gleicht meist weder einer Schnecke noch einem Faultier. Diese Vergleiche erwecken den Eindruck, auffällig langsame Arbeit seien für ihn und seine Defizite kennzeichnend. Dabei ist er meist weder faul noch träge. Typisch für den LP ist vielmehr, dass für die konkrete Arbeit wichtige Potenziale (z. B. hinsichtlich Zeitmanagement, Übersicht und Teamfähigkeit) nicht abgerufen werden können. Sie werden für die Funktion dringend gebraucht und können nicht oder nur unzulänglich nachtrainiert werden. Beispiel: Der LP versteht es nicht, sich mit der Digitalisierung seines Arbeitsplatzes ausreichend vertraut zu machen oder: es liegt ihm nicht, ein Team zu führen, die notwendige Autorität in der Gruppe kann er nicht gewinnen oder von ihm gehen – trotz großen Sachwissens – keine kreativen Impulse aus, die in seiner Funktion dringend benötigt werden. In aller Regel ist er kein umfassender Schlechtleister, er kann sogar vieles erstaunlich gut und war in manchem vielleicht sogar einmal Experte. Eine Beschränkung seiner Arbeit auf noch bewältigte Teile ist nicht möglich oder wird abgelehnt. Deshalb passt zu ihm – möchte man ein Bild aus der Tierwelt nicht entbehren – am ehesten die Figur eines Albatrosses. Wie dieser kann er Teile seines Programms hinreichend gut meistern, in anderen wichtigen Teilbereichen ist er allerdings unzulänglich.

2. Identifizierung

Das Schlusslicht in der Gruppe ist keineswegs immer ein LP. Das BAG ist dieser Fehleinschätzung in seiner Entscheidung vom 11.12.2003 (a. a. O.). ausdrücklich entgegengetreten. In einer sehr guten Gruppe ist der gute Mitarbeiter bereits das Schlusslicht. Im Übrigen gibt es nicht selten den Fall, dass Kollegen sich geradezu „überobligationsmäßig" ins Zeug legen und daher (vorübergehend) Spitzenleistungen erbringen. Das kann dann aber nicht dazu führen, dass derjenige, der sich nicht entsprechend überambitiös verhält, als LP anzusehen sei.

3. Ursache

Der Mangel an bestimmten Potenzialen hat i. d. R. nichts mit „Verschulden" zu tun. Es handelt sich insoweit nicht selten um mangelhafte persönliche Dispositionen, die häufig genetisch vorprogrammiert sind (z. B. Affinität zur Technik, zur handwerklichen Leistung, zur Koordination vieler gleichzeitiger Aufgaben, Einfühlungsvermögen und Sensibilität). Verschulden ist stets Vorwerfbarkeit, doch kann einem Mitarbeiter i. d. R. nicht vorgeworfen werden, kein Zahlengedächtnis zu haben oder weitgehend unfähig zu sein, sich einer Fremdsprache zu bedienen bzw. sogar seine Sprech- und Ausdrucksweise

vollkommen unter Kontrolle zu halten, wenn seine Sozialisation unzureichend war. Gelegentlich lassen sich jedoch durch engagierte und anhaltende Kraftanstrengungen (vorübergehende) Annäherungen an das gewünschte Potenzial erreichen. Das Ausmaß des Defizits ermittelt die Arbeitsagentur bei Arbeitslosen durch eine Potenzialanalyse (vgl. § 37 Abs. 1 SGB III).

4. Optimale Abwehr

Vorhaltung und Absonderung erscheinen meist nicht geeignet, den LP neuen Arbeitsbedingungen anzupassen. Ratsam erscheint jedoch eine faire und intensive Auseinandersetzung über die Selbst- und Fremdeinschätzung im Rahmen von Entwicklungs- oder Mitarbeitergesprächen. Nicht selten erwachsen die aus dem LP-Status resultierenden Fehlverhalten deshalb, weil unterlassen wurde, dem Mitarbeiter rechtzeitig ein geeignetes Fremdbild aufzuzeigen, um daraus die notwendigen Konsequenzen zu ziehen. Gerade narzisstisch oder autoritär geprägte Menschen müssen frühzeitig erkennen, wie ungünstig ihr Verhalten bei Kollegen ankommt. Auf diese Weise ließen sich eventuell noch wichtige Kurskorrekturen erreichen.

5. Beitrag evtl. mangelhafter Führung

Bei den Gerichten wird häufig erkennbar, dass an sich nicht der angebliche LP zur Verantwortung zu ziehen sei, vielmehr dessen Vorgesetzter. Durch Außerachtlassung aller Signale notwendig werdender Änderungen und betrieblichem Laissez-faire kommt es dann gelegentlich zur Zuspitzung, die letztlich nicht dem betroffenen LP anzulasten ist, sofern er nie klare Botschaften erhielt. Vorgesetzte nehmen ihre Führungsaufgabe gelegentlich nur „semi-autistisch" wahr, sie sprechen nicht mit dem Mitarbeiter, senden anstelle dessen ab und zu eine E-Mail. Dadurch werden viele Erklärungen nicht oder nicht angemessen übermittelt und der LP bekommt keine klaren Rückmeldungen. Das bezieht sich sogar auf das jährliche Mitarbeitergespräch, in dessen Verlauf dem Mitarbeiter manchmal vorgegaukelt wird, seine Leistungen und sein Verhalten seien noch akzeptabel, um dann wenige Wochen später hinter vorgehaltener Hand zu betonen, es sei mit diesem Mitarbeiter nicht mehr auszuhalten. Einer der wichtigsten Gründe für dieses Fehlverhalten der Vorgesetzten besteht darin, dass sie häufig keine Erfahrung haben, konstruktive Kritikgespräche zu führen. Mängel der Mitarbeiter sind jedoch deutlich – mit Zahlen, Daten Fakten – anzusprechen, in aller Regel verbunden mit Vorschlägen, wie die Unzulänglichkeit eingeschränkt oder eventuell sogar beseitigt werden kann.

6. Kein Anliegen des Arbeitgebers, sog. Contra-Indikatoren zu ermitteln

Wenn der Arbeitgeber prüft, ob ein LP aus seiner Funktion entfernt werden kann, hat er neben den aktuellen Leistungsmängeln sorgfältig zu recherchieren, ob es betriebliche Contra-Indikatoren zugunsten des Mitarbeiters gibt. Diese können aus guten Zwischenbeurteilungen der jüngeren Vergangenheit resultieren, zudem aus entsprechenden Zwischenzeugnissen, noch bestehenden Leistungszulagen und Zielvereinbarungsprämien, stetig übertariflichen Entgeltsanhebungen der letzten Jahre. Diese Maßnahmen zeigen i. d. R., dass die Wertschätzung des Mitarbeiters hoch zu veranschlagen ist. Die Äußerung, der Mitarbeiter sei trotzdem ein LP, man wolle ihn nur verbal von heftiger Kritik verschonen, erscheint nicht nur für Arbeitsgerichte meist widersprüchlich und willkürlich.

7. Grundlage der Einschätzung von Low Performance

In aller Regel ist jemand als LP anzusehen, wenn er über einen längeren Zeitraum vertragliche Ansprüche deutlich unterschreitet und auch in absehbarer Zeit nicht mit einer Besserung seines Leistungsbilds zu rechnen ist. Das BAG erklärte in der Entscheidung vom 11.12.2003 allerdings zu Recht, die vertragstypischen Regelungen seien meist zu allgemein und insbesondere zu unpräzise, um darlegen zu können, es handele sich im Einzelfall um eine deutliche Unterschreitung des erforderlichen Standards. Deshalb ist es wichtig, die vertraglichen Regelungen durch Qualitätshandbücher für die jeweiligen Berufsgruppen zu ergänzen. In ihnen ist hinreichend klar anzugeben, wie bestimmte Prozessabläufe abzuwickeln und welche Maßnahme zur vertragsgerechten Durchführung der Arbeit einzuhalten sind. Diese Angaben sind laufend à jour zu halten und der jeweiligen Arbeitsgruppe stets – im Intranet, durch Aushänge oder durch Gruppengespräche – bekannt zu machen. Die Klärung, ob jemand als LP anzusehen ist, kann – von Extremfällen abgesehen – nur dann sachgerecht erfolgen, wenn die funktionalen Erwartungen an die übertragene Tätigkeit in einem übersichtlichen Anforderungsprofil hinreichend deutlich beschrieben und bezeichnet sind (Folge aus § 307 Abs. 1 BGB).

8. Quantifizierung

Hinsichtlich der Frage, welchen Umfang an Minderleistung der Arbeitgeber bei der Durchführung von Arbeiten ggf. hinzunehmen hat und ob es insoweit überhaupt einen annähernd objektiven Maßstab gibt, ist die Rechtsprechung noch recht vage. In seinen grundlegenden Entscheidungen aus den Jahren 2003 und 2008 hat das BAG wiederholt betont, es müsse sich um eine gravierende Unterschreitung des Leistungsstandards halten, so dass von einem nicht mehr hinzunehmenden Auseinanderfallen von Leistung und Vergütung auszugehen sei. Das BAG erklärt in der Entscheidung vom 11.12.2003, zumindest eine Unterschreitung von 1/3 unter das durchschnittliche Leistungsprofil vergleichbarer Mitarbeiter sei eine derart signifikante Minderleistung, dass es dem Arbeitgeber nicht mehr zumutbar sei, an diesem Arbeitsverhältnis festzuhalten. Bedauerlich ist, dass das BAG lediglich die Perspektive des Arbeitgebers berücksichtigt und nicht auch diejenige des Mitarbeiters, der voraussichtlich in der weiteren Tätigkeit mit dem vom Arbeitgeber gesetzten Anspruch häufig überfordert ist. Es kann in einer solchen Situation meist nicht im Interesse des Mitarbeiters sein, an einer Stelle fortbeschäftigt zu werden, durch die er laufend über seine Kräfte gefordert ist und eventuell sogar zum Gespött der Kollegen wird.

9. Kürzung des Entgelts

Da der Arbeitsvertrag kein Werkvertrag ist, kommt in aller Regel eine Kürzung des Entgelts nicht in Betracht (vgl. bereits BAG, Urt. v. 6.6.1972 – 1 AZR 438/71; Beschl.

v. 18.7.2007 – 5 AZN 610/07, AuA 11/07, S. 691). Dies ist eine rechtliche Folge aus § 326 Abs. 1 Satz 2 BGB. Wenn es sich allerdings so verhält, dass der Arbeitnehmer schuldhaft schlecht leistet, kann der Arbeitgeber mit einem Schadensersatzanspruch gegen den Vergütungsanspruch des Arbeitnehmers aufrechnen (BAG v. 18.7.2007, a. a. O.).

10. Hierarchieebene

Es wäre ein Missverständnis davon auszugehen, dass LP in höheren Ebenen der Unternehmenshierarchie seltener anzutreffen sind. Eher mag das Gegenteil zutreffen. Das Problem ist jedoch, dass Angehörige oberer Ebenen in aller Regel vielfältig gesichert und gestützt sind und im Falle ihres Versagens vieles getan wird, um den Vorgang zu verschleiern. Auch leben diese Personen häufig längere Zeit von der Ausstrahlung und Bedeutung, die sie – ggf. vor Jahren – aufbauten. Da scheint es unfair, ihnen nicht durch eine passende Auffangposition entgegenzukommen. Die Tageszeitung WELT beklagt in einem Leitartikel vom 12.7.2018, dass „Versager an der Spitze" auch noch belohnt werden. Dabei wird auf Trennungsvergleiche der Herren Ackermann, Mehdorn, Winterkorn und Maschmeyer verwiesen.

11. Abmahnung

Die Abmahnung gegenüber einem LP ist keinesfalls überflüssig, sie ist sogar in den meisten Fällen unerlässlich. Nur so lässt sich später eine erfolgreiche leistungsbedingte Trennung erreichen (vgl. Wetzling/Habel, Umgang mit Low Performern, Beck Verlag, 2021). Das hat u. a. damit zu tun, dass die Gerichte die Kündigung eines LP häufig als verhaltensbedingt einstufen (vgl. z. B. BAG, Urt. v. 17.1.2008 – 2 AZR 536/06, NZA 2008, S. 693; LAG Köln, Urt. v. 3.5.2022 – 4 Sa 762/21, in unserem Ausgangsfall gab es sogar zwei Abmahnungen vor der Kündigung). Sie unterstellen zudem gelegentlich, der Mitarbeiter habe den Ernst der Situation bisher nicht erkannt und Warnsignale übersehen. Zudem wird davon ausgegangen, Mitarbeiter würden sich ganz anders anstrengen und versuchen, eine Kehrtwende zu erreichen, wenn erst einmal eine Abmahnung auf dem Tisch liege. Sie führe für den betroffenen Arbeitnehmer (und seine Angehörigen) deutlich vor Augen, dass eine finale Situation anbricht. Die Abmahnung kann in Form einer Korrekturvereinbarung erfolgen. Sie vermeidet die gelegentlich überzogene Bloßstellung des Mitarbeiters, behält jedoch den Rechtscharakter eine Abmahnung (vgl. Wetzling/Habel, Die Korrekturvereinbarung, AuA 11/06, S. 654 ff., ErfK § 626 BGB Rn. 29a).

12. Ausbleiben jeglicher Besserung

Häufig wird in der Situation des Entzugs einer anspruchsvollen Position, die der LP nicht mehr bewältigt, übersehen, dass er durchaus noch für eine Reihe betrieblicher Auffangtätigkeiten infrage kommen könnte. Diese sind grundsätzlich – zumindest, wenn sie zur Besetzung anstehen – anzubieten. Das ist die Folge des für das Arbeitsrecht wichtigen Ultima-Ratio-Prinzips, welches zwar die Wegnahme der anspruchsvollen Position rechtfertigen kann, nicht jedoch die Weigerung, eine noch denkbare Ersatzposition in einer geringeren Entgeltgruppe anzubieten. (vgl. Wetzling/Janssen, Das Ultima-Ratio-Prinzip, AuA 11/21, S. 8 ff.). Häufig wird der betroffene Mitarbeiter eine solche „Degradierung" nicht hinnehmen und sie zurückweisen. Dann ist die Stelle – wenn die Ablehnung nicht beweisbar definitiv war – i. d. R. im Rahmen einer Änderungskündigung anzubieten.

13. Gutes Zwischenzeugnis

Es kann grundsätzlich nicht als Fehler angesehen werden, wenn dem LP ein förderliches positives Zwischenzeugnis ausgestellt wird, um noch eine Chance im Arbeitsmarkt wahrnehmen und sich bei Drittfirmen bewerben zu können. Es erwächst andernfalls ein vom Arbeitgeber gesetzter starker Konflikt, wenn dem Mitarbeiter einerseits mitgeteilt wird, er werde in seiner Stelle wegen angeblicher spezifischer Mängel nicht bleiben können, andererseits ihm der Weg versperrt wird, sich bei anderen Unternehmen wenigstens noch aussichtsreich bewerben zu können. Um Missverständnisse zu vermeiden, sollte der Mitarbeiter in einem sog. Sideletter schriftlich bestätigen, das vorteilhafte Zwischenzeugnis nur für die Bewerbung bei Drittfirmen zu nutzen. Ein Arbeitszeugnis soll zwar auch wahr sein, jedoch sollte jedem Vorgesetzten klar sein, dass es kaum objektive Kriterien für die Bewertung der Qualität von Arbeit gibt, insbesondere dann nicht, wenn der Mitarbeiter nachweisbar qualifizierte Ergebnisse vorlegen konnte (vgl. den Vorschlag in „Umgang mit Low Performern", S. 330).

14. Keine Ökonomisierung

Das BAG hat in seiner Entscheidung vom 11.12.2003 klargestellt, dass der Arbeitsvertrag ein wirtschaftliches Austauschverhältnis sei. Im Arbeitsverhältnis bestehe die wechselseitige Erwartung der Äquivalenz. Arbeitgeber und Arbeitnehmer gehen davon aus, dass die beiderseitigen Leistungen – die Arbeit und ihre Vergütung – annähernd gleichwertig seien. Das sei sogar eine Geschäftsgrundlage. Wenn es zu einer wesentlichen Störung der Gleichwertigkeit komme, habe jede Seite die Möglichkeit, eine Änderungs- oder Beendigungskündigung auszusprechen. Zumindest bei einer langfristigen Unterschreitung der Durchschnittsleistung um deutlich mehr als 1/3 sei es nicht mehr zumutbar, am Arbeitsverhältnis festzuhalten.

15. Keine Befugnis zur Intervention der Arbeitnehmervertreter

Es ist falsch, davon auszugehen, die Arbeitnehmervertreter seien nicht befugt, sich in das Thema erheblich einzubringen. Sollte der Arbeitgeber zur Feststellung gelangen, ein bestimmter Arbeitnehmer sei ein LP, der von seiner Aufgabe demnächst abzulösen sei, so wird der Betriebsrat nicht selten seine Rechte aus § 97 Abs. 2 BetrVG geltend machen (vgl. dazu Wetzling/Land, Kündigung von Low Performern, AuA 5/21, S. 8 ff.). Er wird, wenn nicht auszuschließen ist, dass betrieblich veranlasste Änderungen der betrieblichen Arbeitsumstände (z. B. erhöhte technische Anforderungen an die Arbeit) zum Leistungsrückgang des Mitarbeiters beitrugen, eventuell zu Recht verlangen, für den Mitarbeiter zunächst geeignete Trainingsmaßnahmen zu benennen oder die Arbeitsumstände zu modifizieren. Der Betriebsrat hat insoweit ein Mitbestimmungsrecht, das notfalls durch die Einigungsstelle durchgesetzt werden kann.

© Christian Kuhlmann

Dr. Frank Wetzling
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Partner, Bette Westenberger Brink, Mainz

© Christian Kuhlmann

Oliver Land, LL. M
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Senior Associate, Bette Westenberger Brink, Mainz